

偽証罪の規範的解釈について

江 藤 隆 之

I 本稿の方法論としての特殊な規範提示への注目

II 事後宣誓

1. 事後宣誓をめぐる争い
2. 肯定説の問題点
3. 否定説の問題点
4. 私見としての作為義務違反説の展開

III 既遂時期

1. 既遂時期をめぐる争い
2. 個別陳述時説の問題点
3. 手続終了時説の妥当性と事後宣誓時の留意点

IV 虚偽の概念

1. 虚偽の概念をめぐる争い
2. 客観説の問題点
3. 主観説の問題点
4. 「知っていること」の非一義性と客観説・主観説の不可能性
5. 私見としての実践的意味説の展開

V 結 語

キーワード：規範提示，事後宣誓，虚偽の概念

I 本稿の方法論としての特殊な規範提示への注目

偽証罪の法定刑は3月以上10年以下の懲役であり，きわめて重い。保護
法益である国家の審判作用の適正が重要であることを考慮に入れても，暴⁽¹⁾

行・脅迫を用いて公務の適正な執行を妨害する公務執行妨害罪・職務強要罪（95条，3年以下の懲役又は禁錮若しくは50万円以下の罰金）や国家の刑事司法作用を直接に害する犯人蔵匿等罪（103条，2年以下の懲役又は20万円以下の罰金），証拠隠滅罪（104条，2年以下の懲役又は20万円以下の罰金），国家的法益だけでなく個人的法益をも保護している公務員職権濫用罪（193条，2年以下の懲役又は禁錮）などよりはるかに重い法定刑が予定されているのは奇異な印象すら受ける。個人的法益の罪と比較しても，きわめて悪質な犯罪の多い監禁罪（220条，3月以上7年以下の懲役）や未成年者略取誘拐罪（224条，3月以上7年以下の懲役）よりも重く，長期は等しくとも短期によって詐欺罪（236条，10年以下の懲役）よりも重い。となれば，その重さに見合う理由がまず理論として考察されなくてはならないだろう。⁽²⁾

思うに，現実社会において刑法の行為規範は様々な方法で一般人に提示されている。自然犯については，幼い頃から家庭・学校・社会における教育によって倫理規範や宗教規範などの他規範とさほど明確には区別されない形で刷り込まれ，専門的には必ずしも正確であるとはいえない「〇〇をしたら逮捕される」という認識が一般人に共有される。これにより，外延も内包も曖昧ではあるもののしかし有効な行為規範を形成しているといえるだろう。たとえば，「人を殺して物を盗ったら警察に逮捕される」という感覚がそれである。ここでは，強盗殺人が「強盗殺人罪」というひとつの犯罪を構成しているのか，それとも「強盗」と「殺人」として扱われるのか，などという細かい点にまでは注意は及んでいないが，「法律のルールとしては，人を殺してはいけないし，物を盗ってもいけない」という点ではおおまかな理解があるといえる。これらの規範意識は，マスコミの事件報道等に接することによって追認され，強化されるが，規範提示の方法に厳格さを欠くきらいがあることは否定できないであろう。

行政犯については，各種免許・資格取得のための試験勉強や公務所・企業の研修によって提示されることが一般的である。たとえば，自動車運転の道路交通に関する諸規範は，自動車教習所の授業を通じて提示され，運

転免許取得試験によって確認される。公務所・企業もそれぞれの分野における重要な法令等については、コンプライアンスを目的とした研修を行っている。これらの規範は、自然犯ほどに社会全体に行きわたっているわけではないが、必要なところには必要な形で教育・研修を通じて提示されているとひとまず考えてよいであろう。しかし、これらの教育や研修は行為時からすれば時間的に隔たりがあり、必ずしも十全な行為規範提示がなされていると言い切れない面もある。たとえば、何年も前に普通自動車運転免許を取得した者が、久しぶりに自動車を運転するときに、細部の規範について忘れてしまっていること、たとえば「赤の点滅信号では一時停止せよ」を「徐行せよ」と勘違いしてしまっていることは——定期的な免許更新の際の講習を受けていたとしても——考えられることである。このことは当然行為者側に有利な事情とはいえないが、完全な形での規範提示は困難な状況にあることは事実であろう。

しかし、偽証罪については、これらのいずれでもない特別な形で規範提示が行われている。すなわち、法律にもとづいて行為者に宣誓させることである（民事訴訟法201条1項、刑事訴訟法154条他）。これは、「社会の中でそのようなルールがあることを学んでこなかった」や「そのような規範があることを忘れていた」、「規範内容を勘違いしていた」という抗弁を一切許さないほどの強い行為規範提示である。行為者は「起立して厳粛に」（民事訴訟規則112条2項、刑事訴訟規則118条4項）、「良心に従って真実を述べ、何事も隠さず、また（又）何事も付け加えないことを誓う旨を」⁽³⁾（民事訴訟規則112条4項、刑事訴訟規則118条2項）宣誓し、その後、裁判長から偽証罪の処罰について告げられる（民事訴訟規則112条5項、刑事訴訟規則120条）。しかも、その行為者は宣誓の趣旨を理解することができる者である（民事訴訟201条2項、刑事訴訟155条1項）。

となれば、その行為規範の明確性、規範の臨場感、遵守期待可能性は、他のあらゆる規範に比して強い。ひるがえって行為規範に違反したときの規範侵害の程度・反規範的態度の強さは、他の犯罪と比して格段に重大である⁽⁴⁾と考えられよう。

このように偽証罪の法定刑の重さを、偽証罪に特殊な規範提示の方法に求めることは、かならずしも立法過程の事實的なものであるとはいえず⁽⁵⁾あくまで理論的なものにすぎないともいいうるが、このように考えることにより以下に展開するように解釈論上の諸論点を解決へと導くことになり利点があると思われる。

以下に、事後宣誓、既遂時期、虚偽の概念について上記の考慮をもとにそれぞれ検討していくことにする。

II 事後宣誓

1. 事後宣誓をめぐる争い

民事訴訟規則112条1項は「証人の宣誓は、尋問の前にさせなければならない」と、尋問前の宣誓を原則としながらも、その但書において「ただし、特別の事由があるときは、尋問の後にさせることができる」と事後宣誓⁽⁶⁾がありうることを定めている。この事後宣誓の場合にも本罪が成立するかについて争いがある。

2. 肯定説の問題点

判例・通説は、事後宣誓の場合でも偽証罪は問題なく成立するという。これには主に2通りの基礎づけがなされている。

1つめは、「宣誓」を構成要件的行為と解する立場である⁽⁷⁾。この見解は、偽証罪の成立には「宣誓」と「虚偽の陳述」という2つの行為が予定されていると解し、この2つの構成要件的行為が存在しさえすればその前後関係を問わないとして、あるいは事後宣誓は宣誓であり且つ虚偽の陳述であるとして、偽証罪の成立を認めるのである。しかし、この見解は、「宣誓した証人」の文理解釈として無理がある⁽⁸⁾。「宣誓した」はあくまで「証人」にかかっている修飾語であって、本罪は「宣誓した証人」を構成的身分とする真正身分犯であると解するのが素直な解釈である。これを「証人」の身分を有する者が、宣誓と虚偽の陳述という2つの行為によって犯す身分

犯として読む⁽⁹⁾のであれば、宣誓し得ない証人も本罪の真正身分を有することになるが、法の趣旨からしても不当である。これは処罰を拡大する⁽¹⁰⁾方の解釈であるから、条文と齟齬をきたす技巧的にすぎる解釈は、罪刑法定主義上の懸念を生じさせることになりかねない。また、虚偽鑑定・通訳も同様に解さねばならないことになり問題は拡大する⁽¹¹⁾だろう。さらに、宣誓を実行行為であると解する⁽¹²⁾ならば、通常の事前宣誓の際にも宣誓があった時点で実行の着手であるとしなければならなくなり、⁽¹³⁾陳述内容如何に関係なく偽証するつもりがあるにもかかわらず宣誓したという虚偽宣誓罪が偽証罪の本質であるということになってしまうだろう。このような理解はその沿革・発展からみても不当である。⁽¹⁴⁾

2つめの肯定説は、事後宣誓の場合でも審判の適正に対する危険はかわらないのであるから、事後的に宣誓した証人であっても「宣誓した証人」に含まれるので偽証罪を肯定することができるという。しかし、この見解にも問題がある。偽証罪が「宣誓した証人」が「虚偽の陳述」をするという構造を有している以上、虚偽の陳述をするときに「宣誓した証人」が存在していなくてはならない、すなわち身分と行為とは同時存在しなければならない⁽¹⁵⁾というべきであろう。もしこの見解が結局のところ認めているように行為が先にあり、身分が後から完成すれば身分犯処罰に十分であるというのであれば、事前収賄罪規定の説明に窮することになり、⁽¹⁶⁾またあらゆる身分犯の体系が崩れてしまうことになろう。⁽¹⁷⁾

3. 否定説の問題点

これに対して事後宣誓の場合には、偽証罪は成立しないという否定説の論拠は明快である。それは「宣誓した証人」という文言上の理由にほかならない。⁽¹⁸⁾なるほど、この見解は文理解釈として優れている。しかし、肯定説のいうとおり、事後宣誓の場合であっても審判作用への危険はかわらないのであるから、単純に処罰を否定するということもまたためらわれる。「『ウソは申しません』という約束と『ウソではありませんでした』という約束との間に、どうして『非難の程度に差がある』といわなければならない

ないのだろうか」⁽¹⁹⁾との香川達夫の問題意識は、簡潔に書かれているにもかかわらず、きわめて重要であるため、これに応える必要があると思われるのである。⁽²⁰⁾

4. 私見としての作為義務違反説の展開

ここで議論は暗礁に乗り上げてしまったようにも思われるが、先述の偽証罪における規範提示の方法から考察することにより、偽証罪の構造を守りながら事後宣誓の場合における処罰を基礎づける新たな見解を提示することを試みたい。事後宣誓の場合の偽証は、宣誓前に行われている。したがって、偽証罪を重く処罰する理由たる行為規範の明確性、遵守期待度、規範の臨場感は、高まっていない。このような証人の偽証を処罰することは許されないと解する否定説には根拠がないわけではない。しかしながら、事後的にとはいえ、行為規範が明確に行為者に対して提示されたのであるから、行為者は先ほどの自己の偽証と明確に提示された規範とを照らし合わせ、具体的に自己の規範違反性を知ることができる。そうであれば、行為者には事後宣誓により偽証を訂正する作為義務が生ずるといいうるのであり、事後宣誓によって作為義務が生じて後に偽証を訂正しないこと、すなわち先行行為たる偽証に関する沈黙それ自体が不作為による偽証（虚偽の陳述）に当たると解すべきことになる。このように解することにより、事後宣誓の場合でも、宣誓が先、（不作為による）虚偽の陳述が後という前後関係を守りながら、処罰を肯定することが可能となるのである。

III 既遂時期

1. 既遂時期をめぐる争い

それでは、事後宣誓により作為義務が発生した後、具体的にいつまで偽証罪を成立させない訂正（作為義務の履行）が可能なのであろうか。これは、偽証罪の既遂時期の問題である。そこで、偽証罪がいつ既遂に達するのかを検討してみよう。

学説には、通常の事前宣誓の場合を前提にして、虚偽の陳述がなされたら直ちに偽証罪が既遂に至るとする少数説と1回の尋問手続における陳述全体が終了した際に既遂となるとする通説とに分かれる⁽²¹⁾⁽²²⁾。

2. 個別陳述時説の問題点

個別の虚偽の陳述により直ちに偽証罪が成立すると考える少数説は、明らかに不当である。尋問の聞き間違い・言い間違い等を理由に——しかし、「質問はよく聞き取れなかったが、ここは『はい』と言っておけばいいか」という程度の未必の故意はある状況で——いったんは記憶に反する内容の陳述をしてしまい、その尋問の最中に聞き間違い・言い間違いに気づき訂正するというようなことは通常行われているのであるから、これを処罰するというのでは処罰範囲が広きに失するであろう。また、1度の尋問中に数度の虚偽陳述をしたときに併合罪として扱うのは妥当ではなく、法の趣旨からして一罪とすべきであるから⁽²³⁾⁽²⁴⁾、虚偽の陳述により直ちに偽証罪が既遂に至ると考えることはできない。さらに、この見解によれば事後宣誓の場合をまったく説明することができないという問題点もある。

偽証罪がいくら抽象的危険犯であるとはいえ、裁判官が偽証を判断材料として受け取ってはじめて抽象的危険が生ずるのであるから、裁判官がただ聞き置いただけで既遂を認めるのは妥当ではなく、裁判官が当該偽証を証拠として吟味し心証を形成する段階に至るまではいまだ処罰根拠たる抽象的危険を考慮することができないというのが素直な解釈である。

3. 手続終了時説の妥当性と事後宣誓時の留意点

それゆえ、尋問手続における陳述全体が終了した際に既遂となると解する通説が妥当であるといえる。陳述が終了すれば、裁判官は当該陳述全体を振り返り、これを元に心証形成する抽象的危険が生じると認められるからである。なお、この通説を前提とした場合、事後宣誓の場合において「宣誓をしたら直ちに既遂となる」という見解は主張されえないことになるのだが、既遂時期については1回の尋問手続終了時と通説を採用してお

きながら、事後宣誓の場合は宣誓が終了したときに直ちに既遂に至るという矛盾する見解が主張されてきたことは奇妙なことである。というのも、事後宣誓の場合にも裁判長は事前に宣誓の趣旨を説明しなくてはならず⁽²⁵⁾（民事訴訟規則112条5項）、偽証の罰を告げなくてはならない（同）。さらに、証言の内容が重要であればあるほど事後宣誓後に裁判長からいわゆる「念押し」があることも考えられる。否、むしろ法の趣旨からすると「念押し」があってしかるべきである。事後宣誓の際に、形式的に宣誓だけさせて、偽証の罰を告げた瞬間をもって尋問手続終了というのでは訴訟指揮として失当であろう。宣誓させ、偽証の罰を告げた後に、当該宣誓を前提として訂正すべきところがあれば訂正する機会を与えることが法の趣旨に適うのである。このような手続は時間的に「点」ではなく、事後宣誓を含む一連の流れの中で一定の時間を有する「線」である。すなわち、宣誓の趣旨説明、事後宣誓、偽証罪の処罰の警告とそれを前提にした訂正機会の提示という一連の時間の流れがある。このような訴訟法・訴訟規則と具体的訴訟における裁判長による訴訟指揮にもとづいた流れの中で、裁判所が「事後宣誓前になされた一連の陳述は虚偽ではなかった」という証人の意思表示を確認してから尋問手続を終了するのであるから、事後宣誓と尋問手続終了との間には一定程度の時差があるのが通例である。それゆえ、事後宣誓の場合の偽証罪成立時期は「事後宣誓の時」ではなく、事前宣誓の場合と同様に「1回の尋問手続が終了した時」と通説的に解することにより、行為者に自己の虚偽陳述と宣誓による規範提示とを比較して訂正の機会を与えたうえで作為義務を負わせることが可能になり、事前宣誓の場合との整合性もとれるのである。

したがって、事後宣誓後尋問手続終了までの間に訂正を行えば——作為義務の履行により（不作為による）虚偽の陳述がないことになり——偽証罪が不成立となり、尋問手続終了後の訂正であれば自白による刑の減免を定めた170条の対象であるとするのが妥当だということになる。

IV 虚偽の概念

1. 虚偽の概念をめぐる争い

ここで、偽証罪の従来の中心的論点である虚偽の概念を検討しよう。

偽証罪は宣誓した証人が「虚偽の陳述」をしたときに成立するが、「虚偽」とはいったいいかなる意味であるのかという問題である。

2. 客観説の問題点

客観説は、虚偽とは陳述内容が客観的事実に反することをいうと解する。⁽²⁶⁾これは、供述が客観的事実と合致していれば保護法益である審判作用の適正を害することなく、客観的事実と異なる供述があった場合にのみ虚偽と解すれば足りるということをその根拠とする。⁽²⁷⁾

しかし、客観説は明らかに不当である。それは以下の理由による。

第1に、証人は自らの体験・経験を記憶しそれを証言するために法廷に来るのであって、決して客観的事実を述べにくるのではないという現実的な視点の欠落である。証人の供述内容は「自己の体験した事実」であり「客観的事実」ではない。⁽²⁸⁾また、刑事訴訟法156条1項は「証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる」と定めており、これはそのまま「実験した事実により推測した事項の供述」が許されることを意味する。すなわち、刑事訴訟法自体が「あなたが体験したこと、あるいは、あなたが体験したことから推測することを述べてください」と証人に要求しているのであり、「客観的真実を述べてください」とまでは要求していないのである。それにもかかわらず、「証人は客観的真実を述べなければならない」というのならば、それは証人になる者にとって荷が重すぎる要求だろう。裁判においてだけでなく、日常生活においても、誰もが見間違い・聞き間違い・記憶違いのリスクを背負って発言するものであり、聞き手もそれを織り込んで聞いているのが通常だからである。それゆえ、証人の供述が見間違い・聞き間違い・記憶違いの可能性があるこ

とまでも考慮に入れて、証言を信用すべきかどうかを総合的に判断するのが裁判所の職責なのである。人証として裁判所において反対尋問による弾劾をする意義は、それこそ証人の見間違い・聞き間違い・記憶違いではないかを裁判所が眼前で見て吟味するためである⁽²⁹⁾。したがって、見間違い・聞き間違い・記憶違いの負担は裁判所が負うべきであり、供述が客観的事実と一致することを証人の負担とすべきではない⁽³⁰⁾。あるいは、この負担については、客観説を採れば結局のところ故意が存在しないことによる犯罪不成立となるのであるから、行為者に負わせられることはないので問題がない——すなわち、供述と客観的事実とが偶然に一致した際に犯罪成立を否定するのが客観説の本来の意義であるから、結局のところ証人の実際的な負担はない——との反論も予想されるが、しかし客観説をとることによって客観的事実とは異なったが記憶通りの証言をした証人に「(過失とはいえ)虚偽の陳述をした」という評価を与えること自体が問題なのである。このことは、ドイツの状況を見ればなお一層明らかになる。ドイツには過失による虚偽宣誓罪(163条)が存在し、その処罰範囲を確保するために客観説が通説として採用されている⁽³¹⁾。すなわち、客観説とは——我が国では過失処罰規定が存在しないため不可罰ではあるが——理論的には「過失の虚偽陳述」概念を認めようとする立場なのである。

第2に、そもそも客観的真實の供述など人間には不可能であるという、基礎的な問題である。証人はいかにしても、自らの経験を超えて証言することなどできない。また、自らの記憶と言語能力を超えることもできない。それゆえ、証人の証言はどのようにしても証人の表象フィルターを経ざるを得ない。そうであるにもかかわらず、表象フィルターを取り除いた客観的事実の供述を要求することは不可能である⁽³²⁾。供述はどうしても客体と表象主体のアスペクトとが不可分に混ざり合った主客混合の性質を有するのである。これと客観的真實との一致・不一致を問題にすることはそもそもナンセンスである。客観説はせいぜいのところ「証人が体験によって表象した事実」と「裁判官が(法廷において証拠を通じて)体験によって表象した事実」との一致・不一致を問題にするとところまでしか原理的に主張で

きないのであって、結局のところ本説は客観説ではなく、裁判官説にすぎない⁽³³⁾。

なお、客観説を妥当であるとする林美月子は、内心的事実については証言内容と内心的事実の在り方自体が虚偽性判断の対象となるという⁽³⁴⁾が、そうであれば証人は内心的事実として供述すれば客観的事実を述べなくても良いことになり、客観説の立場と相容れるか疑問である⁽³⁵⁾。たとえば、「被告人が被害者を刺したか」という単純な質問に対して、「刺した」と答えれば、その供述と刺突事実の有無との食い違いが問題になるのに対して、「私はそのように目撃したと記憶しています」と答えれば、虚偽性の判断対象が「そのように記憶しているか」という内心的事実になるというのであれば——林美月子は「批判はあたらない」としているが⁽³⁶⁾、結局答え方によってはすべて主観説と同一になるのだから⁽³⁷⁾——客観説の自殺であろう。

3. 主観説の問題点

主観説は、供述の内容が証人の記憶に反する場合が虚偽であるとし、我が国において通説となっている⁽³⁸⁾。実務も主観説に依っているが⁽³⁹⁾、平野龍一の問題意識を受け林美月子は判例は客観説からも説明可能であり、実際の認定においてはむしろ客観的事実を認定してからその主観的反映を問うという方法がとられていることから、判例は主観説の立場であるということに疑義があることを暗に示唆している⁽⁴⁰⁾。

先ほど見たとおり客観説が採用できないのであるから、主観説が妥当であるのかといえ、主観説にも問題があり妥当であるとはいえない。

というのも、主観説が虚偽性判断の対象とする「証人の記憶」とはどの時点の記憶を意味するのかという問題があるからである。たとえば証人が行為の目撃証人であるような場合、行為時に目撃したと信じていたことが証言時には別様に思えてきたとき、証人は裁判時の記憶を陳述すれば良いのか、それとも証言時の記憶を陳述すべきなのかという問題がある。それだけでなく、実際に法廷で当事者からの尋ねを受けて陳述をしている最中に、自己の記憶に対する認識が変化することもありえようが、その場合の

処理に窮することになる。また、情状証人の「同居供述」や「雇用供述」などの場合にも理論的問題が生ずる。⁽⁴¹⁾ 事実⁽⁴¹⁾に争いのない窃盗や薬物事案の場合、裁判の争点はいきおい情状中心になり、検察官による書面立証の後、弁護人が被害弁償などの書証を検察官の同意を得て提出した後、情状証人尋問が行われるのが通例である。そこでは、「被告人が執行猶予になった場合、あるいは刑務所から出てきた後、どのように被告人を監督しますか」という質問が弁護人からなされ、証人が家族であれば「同居してしっかりと監督したいと思います」などと、雇用主であれば「またわが社で雇用して働いてもらいます」などと答えるよくある光景がある。このような「将来に関する陳述」における「記憶」とは主観説においてはいったい何を意味しているのだろうか。きわめて不明瞭である。

さらに、次のような問題もある。主観説は「記憶に反する供述をした場合には、それにより審判作用が害される危険が発生したと考えられ⁽⁴²⁾」といい、それゆえ偽証罪の成立には「記憶に反する証言があれば足りる⁽⁴³⁾」という。それならば、仮に裁判長が「記憶が曖昧な部分があっても、こちらでその他の証拠と突き合わせますので、気にしないで思うままに話してください」と証人に告げたため、証人が未必的に記憶と異なる陳述をした場合はどうなるのか。この場合、記憶に反した供述であるから処罰するといっているのであれば処罰範囲が不当に広すぎ、審判作用に影響が出ないから「抽象的危险すらない」として不処罰で処理すれば足りるというのであれば、「記憶に反する供述をした場合には、それにより審判作用が害される危険が発生したと考えられ」という主観説の前提と自家撞着をきたすことになる。そもそも、刑事訴訟法156条1項は明確に「証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる」と定めており、証人には記憶以外のことを述べることも許されているのである。⁽⁴⁴⁾

主観説は「記憶」という概念を使用することによって、返答に詰まる問題を抱えてしまっている。⁽⁴⁵⁾ これらの問題は、記憶概念を明確に定義すれば解決するというような単純なものではなく、次に述べるように根源的な欠陥なのである。⁽⁴⁶⁾

4. 「知っていること」の非一義性と客観説・主観説の不可能性

もう少し議論を——客観説と主観説の不可能性に向かって——深めてみよう。

そもそも、法廷において証人は経験から得た知識を陳述するものであるといわれるが、この「知識」とは実にやっかいな概念である。これを「知っていること」と言い換えてもいい。たとえば、富士山の高さを知っている者は、富士山の標高を言うことができる。それはおよそ3776メートルであると。もし「富士山の高さを知っている」と主張する者が、その高さを言えなければ、「知っている」ということ自体が疑わしいと思われる⁽⁴⁷⁾。しかし、「クラリネットの音色を知っている」と主張する者が、はっきりとその音色を言えなかったとしても、「知っている」ということ自体は直ちに疑わしくならないだろう⁽⁴⁸⁾。たとえば、私はカレーライスの味を知っている⁽⁴⁹⁾。この論考では——法廷でも——その味を正確に表現できはしないが、それでもきっと私がカレーライスの味を知っていることを疑う者はほとんどいないと思われる。それに対して、何らかの人名、たとえばロックバンド「ザ・クロマニヨンズ」のギタリストの名前を私が知っていると言えば、私はその名前「真島昌利」を答えられなくてはならない。もし、答えられなければ、私は知っていることにはならないだろう。クラリネットの音色やカレーライスの味については答えられることと知っていることは同義ではなかったのに対して、富士山の標高や人名であれば答えられることと知っていることは同義となる。また、「ホッキョクグマの生態を知っている」というような場合には、専門家ほど説明できなければ「知っている」とはいえないような場合（たとえば学会での発言）から、大まかに説明できれば十分「知っている」といえるような場合（たとえば友人同士の雑談での発言）まで様々に程度が考えられる。「Aマイナーペンタトニックスケールを知っている」という発言も、言葉で説明できれば「知っている」といえる場合と演奏できなければ「知っている」ことにはならない場合とが考えられる。同じ「知っている」との語で表現されていても、その意味は一義的ではない。「知っている」という語は様々な意味の家族を持つ

ているといえるのである。⁽⁵⁰⁾

ここで、「知っていることを正直に話してください」という要求の非一義性に思いを馳せてみよう。その意味は、具体的な言語ゲーム（実践）によって——証人尋問の場合は「現実の具体的尋問手続」によって——のみ確定される。富士山の高さを聞かれた場合と、クラリネットの音色を尋ねられた場合とでは、異なる種類の知識を問われている。だからこそ、それに対する返答も、まったく性質の異なる内容を有している。これらに共通の「虚偽」など存在しない。そうであるにもかかわらず、——具体的質問を聞く前から——客観説は虚偽を「客観的事実に反すること」と主張し、主観説は「自己の記憶に反すること」と解して対立している。ところが、もはや十分に示したとおり、このような争いはそもそも不可能なのだ。なぜならば、証人が陳述すべきことが何であるかは、具体的尋問が始まってからでないと正確に決まらないがゆえに、陳述において何が虚偽であるかも具体的尋問が始まるまで決まらないからである。法廷において「事実と考えることを陳述せよ」と要求されることも「記憶の通り陳述せよ」と要求されることもどちらもありうる。証人はその都度その要求に応じていくものであり、具体的な質問から離れて「事実⁽⁵¹⁾に反するのが虚偽である」や「記憶に反するのが虚偽である」などと主張することは——どうしても——ナンセンスなのである。

5. 私見としての実践的意味説の展開

ここで、本稿が偽証罪を検討するに当たり最初に設定した方法論である、宣誓と警告という特殊な行為規範の提示に目を向ける必要が出てくる。尋問手続は、証人の独演会ではない。証人は自ら進んで自由な形式において陳述をするのではなく、尋問主体である両当事者及び裁判所への応答としての陳述をするものである。⁽⁵¹⁾そして、その陳述は、尋問への単なる返答ではなく、裁判所に向けられた、すなわち裁判所の受け取りを前提とした言語行為である。このことに思いを致すと、ひとつの重要な観点が示唆される。それは、法廷において現実⁽⁵²⁾に証人はどのような言語ゲームに参加し、

どのような役割を期待されているのかという観点である。これは、先述した客観説と主観説の不可能性を克服する地点に我々を導いてくれる。

証人は、客観的事実の認識者として出廷するのではない。証人は、自らの体験を法規にのっとって当事者および裁判所の尋ねに対して回答することにより、訴訟手続における認定者である裁判所に判断材料としての証拠を提供することを期待されて出廷するのである。この求めに応じることが、証人の法的な役割である。そこで、この法的な役割に基づいて現実的になどのような要求が証人に向けられているのかという観点が不可欠となる。それは、法規を直接知らない行為者にとっては、宣誓を通じて提示された行為規範「良心に従って真実を述べ、何事も隠さず、また（又）何事も付け加えないこと」（民事訴訟法規則112条4項、刑事訴訟法規則118条2項。通常は「偽りを述べない」との文言が使われる⁽⁵²⁾）と裁判長からの偽証罪の警告にほかならない。私はこの手続に重要な意義を認めることができると考える。というのも、この宣誓と警告は、裁判所と証人の法廷における初めてのコミュニケーションであり、これから展開される証人が従うべきルール確認そのものだからである。証人は、一方当事者（主尋問側）の求めに応じる形で出廷するのだが、最終的には裁判所の認定に寄与する役割を期待されている。証人による裁判所に対する宣誓と裁判長（所）による証人に対する警告は、「私は、当事者の質問に答える形で裁判所に向かって偽りなく述べることによって司法作用に寄与します」という意思表示と「私はあなたの陳述を聞いて事実認定の材料にするので、虚偽を述べないでください」という確認行為である。この裁判所とのコミュニケーションによって確認されるものが、まさに具体的場面における偽証罪の行為規範なのである。証人には、この規範に従う義務を負わせることができ、そして、これ以上の負担を負わせることはできない。というのも、最初に確認したように、きわめて重い法定刑を持つ偽証罪の処罰は、行為者に直接行為規範が提示されることをもって正当化されるのであるから、この行為規範以上のことを証人に要求することはできないのである。

したがって、裁判所と証人との間で現に確認された行為規範に違背する

ことを通じて裁判所の判断を誤らせる抽象的危険を生じさせることこそ、偽証罪の本質であると解すべきなのである。本質的に重要な⁽⁵⁴⁾のは客観説のこのような「事実」でも主観説のこのような「記憶」でもない。裁判所・当事者が「記憶を陳述せよ」といえば「記憶」に焦点が当てられるべきであって、裁判所・当事者が刑事訴訟法156条1項にもとづいて「体験から推測した事実を陳述せよ」というならば当該陳述の虚偽性判断においてはそれが「体験から推測した事実であるか否か」が対象となるべきである。また、「将来について思うところを陳述せよ」というのであれば将来について思うところを話したか否かが問題になるのである。それが証人に求められる役割だからである。

それゆえ偽証とは、当該尋問手続において両当事者・裁判所・証人間で確認された行為規範に違反し、証人としての役割に違背することをいう。ある陳述が虚偽であることが認定されうるかどうかは、当事者および裁判所⁽⁵⁵⁾がその証人にあてがう役割によって決まることである。それはその質問の都度変化しうる。「当時目撃したことを話してください」と言われれば当時の目撃記憶と食い違う陳述であり、「現在覚えていることを話してください」と言われれば現在の記憶と食い違う陳述であり、「実験した事実より推測したことを話してください」と言われれば推測された事柄（これが最も客観説に近い部分か）と食い違う陳述であり、「将来、被告人との関係をどうしたいかを話してください」と要求されれば将来に向けた現在の意思と食い違う陳述をいうのである。「客観的事実か記憶か」という固定化された判断対象があるわけではない⁽⁵⁶⁾。偽証罪における「虚偽」の意味は、まさに実践が決定する実践的意味なのである。

こう考えなければ、現実には裁判所で行われている尋問手続を捉えそこねることになるだろう。というのも、(先だって例に出したが)「記憶が曖昧な部分があっても、こちらでその他の証拠と突き合わせますので、気にしないで話してください」という裁判長もいれば(当然証人は曖昧な記憶の部分について陳述しても良い)、「記憶が曖昧なことについては虚偽にわたる虞があるので述べないでください」という裁判長もいる(証人は曖昧な

ことは陳述してはならない)。「今考えていることを素直に話してください」という当事者も「当時どう考えていたかを聞かせてください」という当事者もいる。このような状況下で、「客観的事実を述べなければ虚偽である」や「記憶と違えば虚偽である」と主張することに、ほとんど意味はないと思われる。これらの要求に真摯に答える証人は、その都度提示される行為規範に従っており、証人としての役割を十分に果たしているといえ、実践的意味において虚偽を陳述していることにはならないと解すべきなのだから。

すなわち、偽証罪の本質はあくまで当該法廷において実践的に示される行為規範違反である。そうであるからこそ、偽証罪は結果はおろか具体的危険の発生すらも必要としない抽象的危険犯・表現犯として理解されるのである。

V 結 語

偽証罪は、他の犯罪よりも明確かつ実践的な方法で行為者に対して行為規範提示がなされる。それが本稿のスタート地点であった。そこから、以下の結論が導き出された。

- ①事後宣誓の場合は事後宣誓と警告という一連の流れの中で偽証を訂正しないという作為義務違反を理由として処罰可能である。(作為義務違反説)
- ②偽証罪の既遂時期は、事前宣誓・事後宣誓を問わず、1回の尋問手続が終了した時点である。(手続終了時説)
- ③虚偽の概念は、客観説・主観説ともに誤りであり、具体的尋問手続において証人に与えられる役割と提示される規範によって実践的に決定されるべきである。(実践的意味説)

ここに、本文ではスポットライトを当てて検討こそしなかったが、すで

にこれまでの論述から明らかになっているはずの結論をもう一つ加えておきたい。

- ④偽証罪については、規範および虚偽概念の性質上、間接正犯が成立不可能である（間接正犯不成立説⁽⁵⁷⁾）。

(了)

注

- (1) 刑法典における偽証罪の規定は文書偽造・印章偽造に次いで置かれており、立法者はこれを公共の信用に対する罪とみていたようではあるが、現在においては国家の審判作用に対する罪とみることで学説上の異論はない。大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀〔池上政幸〕『大コンメンタール刑法』第2版第8巻（青林書院，平成13・2001年）283頁以下参照。

このように法益を国家機能としての司法（die Rechtspflege als staatliche Funktion）として理解するのはドイツにおいても通説である。Schönke/Schröder/Bosch, 28. Aufl., §153, Rn 2; Wilhelm Gallas, Zum Begriff der „Falschheit“ der eidlichen und uneidlichen Aussage, GA, 1957. S. 315f.

- (2) なお、虚偽告訴罪も同様の法定刑を持つが、虚偽告訴の場合は「目的犯」であり、さらに単に国家的法益に対する罪というだけでなく、「人に刑事又は懲戒の処分を受けされる」ものであるから、これには重い法定刑を予定している理由がある。偽証の場合は他人に処分を受けさせない方向のものであっても、処罰対象となるのだから、過度に重い法定刑はやはり法益論からすると奇異である。
- (3) 通常、「良心に従って、真実を述べ、何事も隠さず、偽りを述べないことを誓います」との文言が用いられる。前段は宣誓証言拒絶罪（刑事訴訟法161条1項）の行為規範提示であろう。同罪の法定刑が軽いのは、偽証罪と異なり、国家の司法作用を積極的には害さないからでありまた証言拒否罪についての裁判長からの事前の警告もないからといえる。
- (4) 佐久間修『刑法各論』第2版（成文堂，平成24・2012年）437頁は、偽証罪が他の証拠犯罪の法定刑よりも重い点について「単なる保護法益論だけでは十分に説明できない。その意味で、法廷で宣誓した事実が重視されるべきである」としているが、私見は、これを行為規範提示と結

び付けて考えるものである。

- (5) 過去のヨーロッパにおける「宣誓」は宗教的色彩が強く、それゆえ神の尊厳を犯す罪と考えられ、18世紀には重い情状の詐欺罪として考えられていたという（池上・前掲注（1）284頁参照）。19世紀後半からの沿革については特に Vgl. Thomas Vormbaum, Eid, Meineid und Falschaussage, 1990, S. 1 ff.
- (6) 刑事訴訟法には事後宣誓の規定は存在しないため問題とならない。
- (7) 団藤重光『刑法綱要各論』第3版（創文社，平成2・1990年）98頁。大判明45・7・23刑録11輯1100頁。
- (8) 伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社，平成23・2011年）396頁。
- (9) 団藤は、一度本罪が身分犯であることを否定したが、後に「証人」という身分犯説に改説している。不破武夫も身分を「証人」と考えている。不破武夫「宣誓違反の罪」『刑事責任論』（弘文堂，昭和23・1948年）270頁。

なお、ドイツにおいても宣誓を構成要件の行為であるとする見解は主張されているが、ドイツ刑法154条（Meineid）は、宣誓を修飾語としておらず、行為として読める規定になっているのであり、この議論を我が国の議論に導入することはできない。それでも宣誓を重視しないのが通説であることについて、後注（14）参照。

- (10) 伊東・前掲注（8）396頁。
- (11) 香川達夫『刑法解釈学の現代的課題』（学習院，昭和54・1979年）289頁以下，特に295頁以下。同書所収の「偽証罪の行為主体」は、団藤による構成要件の行為説を正面から取り上げて検討・批判したものであり、きわめて重要な論考である。
- (12) たとえば、中森喜彦『刑法各論』第3版（有斐閣，平成23・2011年）264頁は「事後の宣誓の内容が同時に虚偽の陳述であるといえる」としている。
- (13) これを正面から認めるものに、大谷實『刑法各論講義』新版第3版（成文堂，平成21・2009年）590頁がある。

偽証罪は未遂不可罰であるので実際上の問題は生じないとしても、理論上問題があるように思われる。なお、神庭英雄「偽証罪の宣誓行為に関する一考察」一橋研究第12号（昭和40・1965年）8頁も参照。

- (14) もともと「神に対する宣誓」を重視する傾向のあったヨーロッパにおいては、確かに虚偽宣誓が問題とされたこともある（vgl. Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., S. 478.）。たとえば、ドイツ刑法154条

(Meineid) は, “wer ... falsch schwört“ (偽りの宣誓をした者は) と定めており, 虚偽宣誓罪とも読むこともできる。しかし, その中心的内容は虚偽供述であると理解するのが通説である。このことは, 虚偽の非宣誓供述 (falsch uneidliche Aussage) が可罰的である (153条) ところからも明らかである。つまり, 虚偽宣誓罪は, 宣誓があることによって加重される虚偽の非宣誓供述偽証罪の加重類型なのである。Schönke/Schröder/Bosch, a. a. O. (Anm.1), §154, Rn1; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 14. Aufl., 1969, S. 528.

- (15) 高橋則夫『刑法各論』(成文堂, 平成23・2011年) 635頁など。明確に団藤説を批判して, 本説を採るものに, 青木清相「偽証および証拠湮滅」『刑法講座第5巻』(有斐閣, 昭和39・1964年) 88頁以下。
- (16) 神庭・前掲注(13) 5頁。
- (17) 香川・前掲注(11) 308頁以下。
- (18) 曾根威彦『刑法各論』第5版(成文堂, 平成24・2012年) 306頁。
- (19) 香川・前掲注(11) 307頁。
- (20) なお, 佐久間・前掲注(4) 438頁は, 「宣誓による良心の緊張を破」ることが偽証罪の本質なのだから, 事後宣誓の場合は偽証罪が成立しないと言いが, これが香川の疑問に対するひとつの反論となりえるかもしれない。ただし, 「良心の緊張」概念の内実は明らかでなく, 規範的考慮にも欠けるところから, 佐久間の見解にはなお不十分な点があるといえる。
- (21) 植松正『刑法概論Ⅱ(各論)』再訂版(勁草書房, 昭和50・1975年) 52頁, 藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂, 昭和51・1976年) 47頁など。
- (22) 団藤・前掲注(7) 101頁, 山口厚『刑法各論』第2版(有斐閣, 平成22・2010年) 597頁, 大谷・前掲注(13) 590頁, 伊東・前掲注(8) 398頁など。
- (23) 実際の裁判では, 証人が尋問主体(両当事者および裁判所)の言い回しがありよく理解できない様子で空返事のように応じ, その後, 尋問主体の言い換え等によって質問が理解できて訂正するような場面は少なくない。また, 尋問主体の言い間違いがあり, それを勘案した上で, あえて訂正せずに応じることも多い。たとえば, 検察官が「それでは事件当日のことをお尋ねします。12日, あなたは〇〇公園に行かれましたね」と質問した際, 証人は「〇〇公園に行ったのは事件当日の11日だが, 先ほどまで検察官は事件当日を11日と言っていたので, 検察官が『12日』と言ったのはおそらく11日の言い間違いだろう。あえて訂正しなくても

わかるだろう」と考え、「はい」とだけ応えることはよく見られるのである。このような供述は、「先ほどの検察官の『12日』との質問に『はい』と答えてしまいましたが、本当は『11日』でした」などと明示的に訂正されることはほとんどなく、たいていの場合その後の尋問のやり取りにおいて当然のように「11日」が前提とされて応答しているうちに全体として1回の尋問手続終了までに黙示的に訂正されていくものである。

- (24) 大判昭16・3・8刑集8巻169頁。

あるいは、虚偽の陳述があれば直ちに偽証罪が成立すると解する見解も、複数の虚偽陳述については接続犯としての包括一罪を認めるのかもしれない。しかしながら、陳述の公判期日が複数日にまたがる場合、時間的近接性の観点から包括一罪を認めることは困難となり、やはり併合罪になってしまうのではないかという疑問が残る。

- (25) たとえば、山口・前掲注(22) 597頁。

- (26) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 昭和52・1997年) 289頁, 山口・前掲注(22) 596頁, 中森・前掲注(12) 265頁, Schönke/Schröder/Bosch, a. a. O. (Anm. 1) §153, Rn. 6. など。

- (27) 山口・前掲注(22) 596頁は簡潔に「客観的事実に合致する陳述は公正な審判作用を害する危険は存在しないと解するから」と述べている。ドイツにおいては、客観説が通説的地位を占めているが、これは過失による虚偽宣誓(163条)が定められていることをその根拠としてあげられることがあるので、過失の偽証罪規定を有しない我が国の議論とは前提を異にしている。Christian Jäger, Strafrecht BT., 3. Aufl., 2009, S. 361.

- (28) 「証人が直接経験しなかった事実についての陳述」は原則許されない(民事訴訟規則115条2項6号, 刑事訴訟規則119条の13・2項4号)。

純粹に客観的な事実など存在しえないということにつき、江藤隆之「実行の着手における主観的なものと客観的なもの——刑法教義学の超越論的検討」桃山法学20号163頁以下参照。

- (29) 川端博『刑法各論講義』(成文堂, 平成19・2007年) 620頁, 上口裕『刑事訴訟法』第2版(成文堂, 平成22・2011年) 376頁など参照。

- (30) Eberhard Schmidhäuser, Aussagepflicht und Aussagedelikt, 1961, S. 217. 十河太朗「偽証罪の保護法益と危険概念」現代刑事法 No. 54 (平成15・2003年) 12頁。

- (31) Jäger, a. a. O. (Anm. 27), S. 361.

- (32) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 30), S. 234.

- (33) あらゆる論点における「事後の科学的判断」というものがそもそも

「裁判における事実」は、現代の合理的知識を前提に裁判官が判断する」というごく当たり前のことしか言っておらず、「裁判官がどの立場で、どういう視点から（私見によれば一般規範的行為時判断）」判断するのかという認識主体の考慮が欠落している。科学的事後判断とは、当たり前の前提を述べているにすぎないから、それ自体に一定の説得力があるものの、それは不合理な時代に素朴に観念されてきたような「客観的真実を発見する神」にとって代われるようなものではない。それにもかかわらず、「客観的真実を科学を武器に裁判官が明らかにする」といった議論は、単に「神」を「裁判官」に仮装しただけの、神学的見解であり、「客観的事実」の名の下に裁判における事実認識者である「裁判官」の主観性、すなわち裁判において認定される事実の「非客観的性格」を看過する見解にほかならない。

- (34) 林美月子「偽証罪小論」立教法学第70号（平成18・2006年）210頁。
- (35) 供述時の内心の事実についてであれば、主観説と客観説は同一の結論に至ることになる。Vgl. Schönke/Schröder/Bosch, a. a. O. (Anm. 1) §153, Rn. 4.
- (36) 林・前掲注（34）203頁。
- (37) ここで尋問者が「あなたがどう記憶しているのかを尋ねているのではありません。あなたの記憶如何にかかわらず、客観的事実を述べてください」と要求することは不可能であることは論を俟たない。証人の供述は、証人の知覚と記憶と言語を通じて表現されるほかないのであるから。
- (38) 団藤・前掲注（7）101頁，大谷・前掲注（13）588頁，川端・前掲注（29）619頁，十河・前掲注（30）12頁など。
- (39) 池上・前掲注（1）301頁。
- (40) 林・前掲注（34）205頁以下。ただし、冒頭において「わが国の判例は主観説を採用している」と述べているので、明確な疑義ではない。しかし、林の論述には判例が客観説からも説明可能であり、むしろ客観説に立脚しているといった方が説得的な認定がされていることが示唆されている。

なお、「判例」に現れた点については林の言うとおりのかもしれないが、実務においては裁判長からの偽証罪の警告は「記憶に反する証言をしないように」とされることが多い。この点では、実務はむしろ当然のように主観説を前提にしているともいえるのである。たとえば、法務省が作成した模擬裁判シナリオでも、裁判長が証人に対して「質問には記憶のとおり答えてください」と注意している。法務省「よろしく裁判員・教

- 材・シナリオ」66頁。http://www.moj.go.jp/keiji1/saibanin_info_saibanin_kyozai.html より入手可能（平成25・2013年2月21日閲覧）。
- (41) 実際に偽証罪に問われることはほとんどありえないであろうが。
- (42) 十河・前掲注(30)12頁。
- (43) 十河・前掲注(30)12頁。
- (44) 「推測」も「記憶」に含まれるとするならば、「記憶概念」が広がりすぎるだろう。また、推測した事項の陳述は刑事訴訟法156条1項による法令行為であるから刑法35条が適用され違法性が阻却されるとするのであれば、技巧的にすぎるだろう。
- (45) これを「知覚(Wahrnehmung)」概念に置き換えて答えようとする知覚説(Wahrnehmungstheorie)も主張されているが、「知覚概念」に議論が移るだけで問題は解決しない。Joecks/Miebach/H. E. Müller, MK, 2005, §153, Rn 50 ff.
- (46) なお、主観説の構想を基本的に妥当であるとしながら、結果的に陳述が客観的真実に合致しているのであれば処罰しないという客観説の視点も取り入れた折衷説も主張されている（曾根・前掲注(18)308頁、高橋・前掲注(15)637頁）が、この見解も結局「記憶」や「客観的真実」の概念という解決困難な問題を内部に抱え込んでしまっているのである。
- (47) 平成3年国土地理院測量によれば、剣ヶ峰の最高点標高が3,776.24mであり、剣ヶ峰付近の二等三角点の測定結果は3,775.63mである。国土交通省富士砂防事務所サイト http://www.cbr.mlit.go.jp/fujisabo/fuji_info/fuji_info-top.html（平成25・2013年2月21日閲覧）
- (48) 質問が「富士山が高いことを知っているか」との質問であれば、標高の正確な数字を言えなくとも良いことはきわめて重要なポイントである。
- (49) Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1953, 78.
- (50) ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン〔黒崎宏訳〕『『哲学的探求』読解』（産業図書、平成9・1997年）65頁における黒崎の挿入参照。ここでいう「家族」とはウィトゲンシュタインによる「家族的類似(Familienähnlichkeit)」概念における「家族」の意である。
- (51) それどころか、証人が陳述しようとしたことを「質問に答えてください。質問以外のことについては述べなくて結構です」と遮られることすらあるのだから、証人の陳述を証人の単独行為であるとするのは現実的ではない。
- (52) 法務省・前掲注(40)66頁、司法研修所編『刑事裁判記録教材（殺人未遂被告事件）』（法曹会、平成15、2003年）71頁など参照。

- (53) 事後宣誓の場合は、初めてのコミュニケーションではないが、ルールの確認という性質に違いはない。
- (54) 伊東は、「国の審判作用の適正とは、関与者のフェアプレイに信頼し、それを通じて実現されるものを指している」と正当な指摘をしている。伊東・前掲注(8) 397頁。伊東自身は主観説が妥当であるとするが、フェアプレイを具体的に求めるのであれば、実践的意味説にたどり着かざるを得ないであろう。「記憶」はフェアプレイの一要素を担うにすぎないのだから。また、伊東が同書398頁において「偽証はコンテクスチュアルに判断される必要がある」と述べているが、これも正当な指摘である。
- (55) この表現は、Ludwig Wittgenstein, *Über Gewißheit*, 1969, 5. およびその邦訳であるルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン〔訳：黒田亘〕『ウィトゲンシュタイン全集9』（大修館書店，昭和50・1975年）8頁から借用した。
- (56) だからこそ、記憶を述べるように求められているときは主観説が妥当に思え、実験した事実から推測する（事実と思われる）事柄を述べるように求められているときは客観説が妥当に思えるのは、実は当たり前のことなのである。
- (57) 大塚仁『間接正犯の研究』（成文堂，昭和33・1958年）269頁。山口・前掲注(22) 594頁，高橋・前掲注(15) 639頁。なお，ここであえて「自手犯」の語を使用しないのは，あえて自手犯という概念を認めるべきかという問題があるうえに，間接正犯はともかく共同正犯は成立しようとする余地があるからである。香川達夫『自手犯と共同正犯』（成文堂，平成24・2012年）105頁以下，特に112頁注(3) 参照。

念のため若干の説明を加えておくと，間接正犯態様で証人に偽証させようとしても，①証人は自らが偽証することについて情を知らない者ではありえない，②法廷において宣誓能力者たる証人に対して具体的に規範が提示されるためどうしても規範的障害が存在する，③宣誓した証人以外の者の法廷外における事前行為を直接正犯と異ならない実行行為とみることはきない，④実際に尋問が行われないといかなる陳述が可能であるかは決定されえず，証人が事前に打ち合わせた背後者の思惑どおり自由に虚偽を発言できるというわけでもない，⑤以上の諸事情から「構成要件に該当する事象を支配した者」という行為支配(Schönke/Schröder/Heine, a. a. O. (Anm. 1) vor 25, Rn 62f; Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl., 1999, S. 335f.)を観念することも困難で

ある。それゆえ、偽証行為者に正犯性を認めないことはできず、間接正犯はいかなる間接正犯理解に立ったとしても成立しえないと思われる（ただし、大谷・前掲注（13）590頁は間接正犯は成立するという）。これに対して、共同正犯は——とりわけ当事者ないし裁判官が共犯関係にある場合などには——偽証行為者に正犯性があることを前提にして、十分に成立しうると考えられる。